

所有権留保買主の期待権の譲渡担保

ドイツの学説・判例の法理を中心に

DIE SICHERUNG SUBEREIGNUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS DES VORBEHALTSKAUFERS

法学研究科 民事法学専攻

博士課程 3年次生

坂 口 光 男
SAKAGUCHI Mitsuo

目 次

- | | |
|--------------------|----------------------|
| 1. はしがき | (4) 代価の完済と所有権移転の過程 |
| 問題 本稿の目的 | (A) 問題の所在 |
| 2. 留保買主の留保物の担保方法 | (B) 判例・学説の分析 |
| 3. 期待権の譲渡担保 | 4. 期待権の譲渡担保と中間権 |
| (1) 期待権の法的性質(以上本集) | 5. 期待権の譲渡担保と担保客体の特定性 |
| (2) 期待権譲渡担保の法形式 | 6. 期待権譲渡担保の問題点 |
| (3) 占有関係上の問題 | 7. むすび |

は し が き

問題 本稿の目的

所有権留保売買から生ずる留保買主の期待権 *Anwartschaftsrecht* の譲渡担保が、いかなる要件と効果のもとに認められるかは理論的、实际的に重要、困難な問題のひとつとして、ドイツの学説・判例の論争するところである。

所有権留保売買に関して、ドイツ民法455条は解釈規定をおき、「動産の売主が代価の支払あるまで、*bis zur Zahlung des Kaufpreises* 所有権を留保した場合に、疑わしいときには、所有権の移転は代価の完済を停止条件 *aufschiebende Bedingung* としてなすものと解すべく、買主が支払遅滞にあるときは、売主は契約を解除することを得るものと解すべきものとす」と規定している。

所有権留保の実質的な目的は、目的物の引渡によって先履行をなした売主の代金債権を担保し、先履行にともなう危険を未然に防止する点に存する。

ところで、停止条件付所有権移転の合意と目的物の引渡とによって、売主は所有権移転に必要なすべての行為を完了している。代価完済という停止条件は、留保買主の意思に依存する純粹随意条件 *eine reine Potestativbedingung* であり、留保買主はこの条件に関する支配権をもっている。

民法161条(日民128条)の規定によって、留保買主の所有権取得は売主側の中間時における処分に対して保護されている。また、留保買主の法的地位は条件成就前においても既払代金額に応じて一義的に確定し得る財産価値を形成している。所有権留保売買から生ずるこのような留保買主の法的地位は期待権と表現され、ドイツでは通常の担保手段として利用され、重要な機能を営んでいる。しかし、民法をはじめ現行法は期待権概念を知らず、その法体系における位置づけも明確でない。また、ドイツ民法は期待権の処分可能性、その法形式、法効果についての明文規定を有せず、学説・判例上で多くの論争が展開され、ドイツ法上における大きな法律問題のひとつとなっている。⁽¹⁾ 換言すれば、学説は、実際界における期待権の担保取引を経験的素材として、理論構成に努力していると考えられる。⁽²⁾

ところで、わが国で留保買主の期待権を譲渡担保とする実際上の取引が行われていると考えられるか。わたくしの推測では、消極に解さざるを得ないように思われる。そのためか、期待権一般、期待権の処分に関する具体的な考察がわが国では従来ほとんど行われていなかったとみてよい。学説上、於保博士が「将来の権利の処分」の中で、⁽³⁾ 期待権の本質、期待権の処分と将来の権利の処分、に関連して研究されて以来、理論上の発展もなく学者の業績もみられない。また、期待権に論及された於保博士も、ドイツの多数説が期待権を将来の権利の *Vorstufe od. Entwicklungsstufe* と解するのは根本的な誤謬であるとし、期待権と将来の権利とは質的に異なるものとして区別せられ、期待権の本質、処分可能性、権利性を肯定されつつ、他方では、期待権の処分は「将来の権利の処分をなすより他に方法がない」、とされる。結局、於保博士の立場によれば、処分の段階において、期待権概念は独立の意義を有しないことになる。

また、所有権留保売買に関しては、わが国でもすでに古くからすぐれた研究が多く発表されているが⁴⁾、その法的考察の多くは、割賦払式売買と所有権留保の基本構造に関する諸問題、および割賦販売法を中心とした消費者保護の規制の問題に集中している。留保買主の期待権については、最近の研究⁵⁾をのぞいてはほとんど研究されていなかったとみてよい。したがって、この際、ドイツにおける学説なり、判例の展開した法理がこの問題の考察に当てひとつの資料となることはいうまでもない。

かくして本稿は、留保買主の期待権の譲渡担保を、ドイツ法の解釈論を素材として考察することを目的とするのであるが、他にも以下のごとき問題意識を有する。

オ1に、わが民法は、ドイツ民法に存しない条件付権利の処分に関する規定を有するが(129条)、解釈上、この規定の意義がほとんど生かされていないように見受けられる。わが国の学説は、留保買主の処分につき、単にオ三者の善意取得、刑罰規定の適用の有無に関して触れるにとどまる。のみならず、学説の中には⁶⁾、期待権の処分と物自体の処分とを混同し、両者の区別、関連づけが明確になされていないように思われる。例えば、留保買主の条件付権利の処分(民129条)を認めながら、他方では、「ことに割賦売主によってこの転売が承認された場合には、買主の義務違反も解消される」という説明をしているからである。というのは、売主による転売の授權 *Ermächtigung* があれば留保買主は物自体を処分できるのであり、この場合には期待権をもち出して説明する必要はないのである。期待権の処分と物自体の処分と

の区別、関連づけを明確にし、その要件、効果の差異を明らかにしなければならない。

オ2に、民法上、条件付法律行為、したがって期待権に関する規定も総則法に位置を占めている。しかし、条件付法律行為の典型象ともいわれる所有権留保売買に関する法律問題は、現実には物権法、債権法の領域に現われている。したがって、一般の条件付法律行為から生ずる期待権と所有権留保売買から生ずる期待権との差異、関連づけを明確にすることが、期待権理論の考察において重要である⁷⁾。この意味において、所有権留保売買は現代の生活に密着した法制度として、一般の条件付権利の研究を越えた一層の究明が必要である。

オ3に、今日の譲渡担保契約の大きな特色は、動産を個々に担保に譲渡するというよりも、一つの商品倉庫 *Warenlager* の中の商品全体を一括して担保に譲渡するという点に存する。ところで、所有権留保売買が盛んに行われるに従って、担保に譲渡された商品倉庫の中に所有権留保で供給された物が混入しているということも起こり得る⁸⁾。この場合、担保権者と売主との利害対立、緊張関係をいかに規制するか。このような商品倉庫においては、債務者は所有権と期待権を譲渡することによって、担保となし得る。しかし、どの物について所有権が、どの物について期待権が譲渡されるのかの識別が困難なため、担保客体の特定性が欠け、担保契約が無効となるのではなか⁹⁾。かゝる商品倉庫の譲渡担保においては、担保客体の特定性という概念をいかに理解すべきものであろうか。

しかし、ドイツにおける期待権理論は取引界の需要から生まれた法律問題を素材として、判例・学説によって次第に理論にまで高められた法領域に属する⁹⁾。したがって、これによって制約されている理論をそのまま受け入れ得ないことは勿論、この理論がどこまで射程を有するか、いかに、いかなる範囲までわが国の解釈論と結びつくか、の検討もおこなってはならない。

また、この種の問題は、民法、強制執行法、破産法等と密接な関連性を有するので、これらの法域にも渡った総合的な研究が必要である。それによつてはじめて、一国の法体系の一貫した把握が可能となる。

さらに、期待権の研究に関する前述のわが国の現状からみて、まず、期待権の概念、法構造についての考察をなし、然る後にその具体化作業として、期待権の譲渡担保を検討するのが研究の道すじであるかも知れない。

本稿は、期待権譲渡担保に内在する法律問題を解明することを目的とするとともに、担保物権に関するわたくしの一連の研究の序章でもある。

1) 主な文献として、Raiser, *Dingliche Anwartschaften*, 1961

(この紹介として、山田晟，法協79巻4号119頁以下)；

Bauknecht, *Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht*, NJW 1955, 1251;

Münzel, *Grundsätzliches zum Anwartschaftsrecht*, MDR 1959, 345;

Reinicke, *Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung*, NJW 1951, 547; Reinicke, *Zur Lehre vom Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung*, MDR 1959,

613;Zunft,Der Eigentumserwerb des Erwerbers einer Eigentumsanwartschaft,NJW1956,1420;Zunft,Die Übertragung der Eigentumsanwartschaft gemäss §930 BGB,NJW1957,445;Paulus,Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und Anwartschaften,JZ 1957,41;Rautmann,Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung,NJW1951,298;Blomeyer,Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung,NJW1951,548等。

2) ドイツ民法455条が、単純な所有権留保についてのみ規定していることにつき、Münzel,a. a.O.S.345 は次のようにいう。民法 455条は所有権留保について、ただ解除権に関する債務法的側面を規定するにとどまるが、それ故に立法者を非難することはできない。なぜなら、立法者は真正な所有権留保 echter EVだけを予期していたのであり、ここでは、代価の適時な支払なき場合に、売主は契約を解除し、目的物を取り戻し得る。このためには解除権に関する規定(346~361条)と目的物の返還に関する規定(985条以下)で十分であると。

3) 「財産管理権論序説」281頁以下。

4) 石田文次郎 「担保的作用より見たる所有権留保契約」民法研究オ一巻、末川博 「月賦販売と所有権留保」民法上の諸問題、幾代通 「割賦販売」 契約法大系Ⅱ、田中実 「割賦販売における法律問題」ジュリスト191号、谷川久 「動産割賦売買契約における債権確保のための諸条項と問題点」法学雑誌10巻3号、同 「商品の売買」116頁以下、「注釈民法(14)債権(5)52頁以下。その他の文献については、注釈民法(14)債権(5)52~54頁参照。

5) 神崎克郎 「所有権留保売買とその展開」神戸法学雑誌14巻3号、船越隆司 「期待権論一所有権留保の場合を主眼に一」法学新報72巻4号、山崎寛 「所有権留保売買買主の所有期待権の譲渡について」法と政治17巻4号。

また、流過程における所有権留保が実用可能性を有するかどうかという見地から、ドイツの解釈論を詳細に分析したものとして、米倉明 「流過程における所有権留保」法協81巻5号、82巻1号、2号参照。

6) 田中、前掲16頁。神崎、前掲502頁も同旨の指摘をされている。

7) Flume,Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers,AcP161,S.385 ff. は、動産の条件付所有権譲渡は一般の場合における条件付法律行為から次の二点で区別されるという。すなわち、動産の条件付所有権譲渡に当っては、目的物の引渡によって、契約締結とともにすでに条件付法律行為が部分的に完成し、買主は条件成就前にも物の占有と利用権を有すること、そしてこの場合における条件は買主の代価支払に依存する純粹随意条件である、と。

8) 鈴木祿弥、物権法講義118頁参照。この場合、わが国では、占有改定と即時取得に関連して問

題とされる(田中整爾,「占有改定と即時取得」ジュリスト・学説展望134頁)。

9) 奥田昌道 「ドイツ法」(現代法14)218頁以下、とくに244頁以下参照。

2. 留保買主の留保物の担保方法

前にものべたように、ドイツ民法はわが民法129条のごとき、条件付権利(期待権)の処分等に関する規定を欠いている¹⁾。反対に、ドイツ民法(185条)は、わが民法には存しない、他人の権利を自己の名において処分する処分授權 *Verfügungsermächtigung* に関する規定を有する。すなわち、オ一項では事前の同意、オ二項では事後の同意その他によって、自己の名において他人の権利を処分する行為の有効性を規定する²⁾。

このように、ドイツ民法上、条件付権利の処分に関する規定が存せず、他方では無権利者の処分に関する規定が存するため、当初の判例は、留保買主の期待権の処分なる概念を知らず、留保買主は売買契約にもとづく売主に対して有する所有権移転請求権を処分するとか、売主の処分授權にもとづいて売主の所有権を処分する、などという法律構成をしていた。

したがって、期待権の担保を考察するに当って、留保買主は他の法形式を利用することによって期待権を担保に譲渡したと同一の目的を達成することができるか否かの検討が重要な出発点となる。期待権の譲渡担保という概念を明確ならしめるためにも、考えられるべき他の法形式を検討しておく。

(1) 売買契約上の債権的請求権の担保

通常の売買契約においては、買主は売主に対して所有権移転請求権を有し(ド民433条)、買主はこれを他に譲渡できる。ところで、所有権留保売買によって停止条件付所有権を取得し、目的物の引渡を受け、た留保買主は売主に対して所有権移転の請求権を有するか。以前においては、条件付所有権の移転後にも買主は売主に対して所有権移転の請求権を有すると解されていた。しかし、現在の判例・学説はこれを否定する³⁾。したがって、この請求権を担保に譲渡することも認められないと解する。

思うに、所有権留保売買においては、条件付所有権移転の合意 *Einigung* と物の引渡 *Übergabe* によって、売主は所有権移転に必要なすべてのことをなしたのであり、留保買主は代価完済によって当然に所有権を取得する。この時にはじめて物権移転の合意がなされるのではない。この見解に対して、条件付所有権移転によってはまだ給付効果(所有権移転)は発生せず、売主は条件成就を妨げる一切のことをなさない不作為義務を負担し、この義務は条件成就まで存続するという見解がある⁴⁾。しかし、売主のこのような不作為義務は売買契約上の債務から生ずるものではなく、条件付法律行為そのものから生ずるものであり、民法161条(旧民法128条)によって説明すれば十分なのである。また、売主のこの不作為義務に対応する留保買主の独立の請求権を認めることも妥当でない。結局、条件付所有権譲渡後は、留保買主は売主に対して所有権移転請求権を有するものではない。したがって、この請求権を担保に譲渡することも認められないと解すべきである。

(2) 民法185条の規定にもとづく物自体の担保

前にものべたように、ドイツ民法185条は無権利者が他人の権利を自己の名で処分した場合に、権利者の事前又は事後の同意によって処分行為が有効となる旨を規定する。ところで、留保買主は条件成就(代価完済)前には目的物の所有権を有しないので、その処分もなし得ない。処分しても無権利者の処分として物権的に無効であり⁵⁾、オ三者は善意取得の規定によって保護されるにとどまる。しかし、留保買主の処分行為が民法185条の要件のもとで行われる場合はどうか。185条一項によって留保買主の処分が売主の授權によって許容されているならば有効な処分となり、事前の処分授權が欠けている時には185条二項(事後の同意)によって有効な処分となる。つまり、事後の追認ある場合には処分の時から(遡及的効力)、それ以外の場合には、買主が所有権を取得した時から有効な処分となる。そして、留保買主が目的物の転売を業とする仲介商人である場合には、たいていは売主によるこの処分授權が与えられる。なぜなら留保買主は所有権留保で取得した商品を代価完済前にさらに他に譲渡することによって、はじめて営業を続けて行くことが可能となるからである。この場合には、売主は代金債権を確保するために、単純な所有権留保の他に多くの補完措置を講ずることが必要である。延長された所有権留保(Verlängerter Eigentumsvorbehalt)がその補完措置の一つとして現われてくる。

このように、まだ所有権を取得しない留保買主は民法185条の処分授權にもとづいて留保物の処分権を取得し、物自体を担保に譲渡して他から信用を得る可能性を有しているように一応は考えられる。しかし、この方法による譲渡担保は実際上不可能であるか、あるいは担保として十分な機能を営み得ないものである。

オ1に、185条の処分授權も決して無制限のものではなく、ただ留保買主の営業活動の範囲内 *nur im Rahmen einer ordnungsmässigen Wirtschafts- und Geschäftsführung* の処分にかぎって許容されるにとどまる⁶⁾。のみならず、目的物の質入れ、譲渡担保の設定は、それが通常の営業取引行為の範囲内に属するか否かを問わず禁止される。普通の譲渡なら許すのに、担保権の設定はなぜ許されないのか。その理由はこうである。留保買主が目的物に担保権を設定した場合にも、目的物の譲渡と同じく消費貸借という形ではあるが金銭を取得し、財産の増大をきたす。しかし、商品の譲渡と異なり留保買主は売主に競合する新たな債権者の債務を負担することになる。買主に対するこの債権者によって、売主が買主の支払不能の場合に対抗されることは売主にとっていちじるしい不利益となる⁷⁾。また担保を設定し融通を受ける金額は、通常の譲渡によって取得する金額よりも少額であろう。

それ故、譲渡担保の設定は明示の禁止がなくとも許されない、と解されている。

オ2に、民法185条の授權による留保物の譲渡担保が実際上担保としての機能を十分に果たし得ないとはどういう意味か。民法185条の要件の下に留保買主が留保物を処分する場合には、とにかく一時的にはあるか留保買主が目的物の所有権を取得する。つまり、代価完済とともに所有権は留保買主を経由して担保権者へ移転して行く。いわゆる所有権の *Durchgangserwerb* が起こる。その結果、譲渡担保設定後、代価完済前に当該留保物に対して留保買主の債権者がなした強制執行が有効となり、執行債権者のために差押

質権が成立する⁸⁾。条件成就によって担保権者の取得する所有権はこの差押質権の負担を受けることになる。担保権者はこの負担なき所有権取得に大きな利益を有している。

しかし、民法 185 条の要件の下で取得された担保権ではこの利益を享受し得ない。つまり、担保権は最も重要な瞬間において本来の効力を発揮し得ない結果となる。この方法による担保権の取得は担保権者にとって不利益である⁹⁾。

(3) このようにみてくると、所有権留保で動産を取得した留保買主としては留保物の所有権取得に対する自己の期待権を担保に譲渡するのが唯一、最良の方法であるということになる。

所有権留保買主がまだ代価を完済していない留保物を担保するに当って、期待権を担保に譲渡することが現在のドイツにおける通常の取引形態になっているとみてよい¹⁰⁾。

ところで、留保買主の期待権が独立の財産権として譲渡担保その他の目的に利用されるとして、その譲渡性を排除する売主、買主間の協定をいかに理解するかが問題となる。換言すれば、このような協定に物権の効力を認め、才三者に対しても、有効に主張し得る効力を有するか否かということである。Flume は次のように説く¹¹⁾。「債権譲渡に関する民法 413 条、399 条の規定によれば、期待権の譲渡性の排除も考えられないこともない。しかし、売主の権利保護のために期待権譲渡の可能性を排除することは必要ではなく、十分でもない。

また、代価の完済によって留保買主、第三者のいずれが商品の所有者となるかは売主には重要なことではない。売主にとって本質的なことは、代価の完済まで留保買主が留保商品を占有しているということである」と。

留保買主の期待権が本質的に譲渡性を有すること、この期待権は動産所有権の譲渡に関する規定に従って譲渡され、動産所有権と同様に取扱われること、売主、買主間の利益衡量等よりみて、特約によっても期待権の譲渡性は排除し得ないと解するのが妥当である¹²⁾。また、ドイツ民法 137 条が、「譲渡シ得ル権利ヲ処分スル権能ハ法律行為ヲ以テ之ヲ除斥シ又ハ制限スルコトヲ得ズ」と規定している点から考えても、期待権の譲渡性を排斥する協定はできない。ドイツの支配的見解はこの立場に従っている¹³⁾。

1) ドイツ民法にわが民法 129 条のごとき条件付権利の処分等に関する規定が存しないのは、条件付権利は処分し得ないと立法者が考えていたと解すべきではない。オ一草案には期待権の処分に関する規定が存していたが、期待権は財産的価値を有し当然に処分の客体となり得ること、また、期待権と将来に発生する権利との混同のおそれがあるという理由でオ二草案で削除された(於保、前掲 308～309 頁, Raiser, a. a. O. S. 2)。

2) 伊藤進 「授權(Ermächtigung)概念の有用性」野田孝明教授古稀記念論文集 388～389 頁、398～399 頁、米倉、前掲 82 巻一号 46 頁。なお、Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1966, S. 334 ff.

3) Raiser, a. a. O. S. 23 ff.; Bauknecht, NJW 1955, S. 1251; Westermann, Sachenrecht, 1960, S. 224; BGHZ 20, 88, 100.

4) Baur, Lehrbuch des Sachenrechts, 1960, S. 548; BGH 1954. 5. 24 NJW 1954, S. 1325. これらの見解は、後述のように、破産管財人の選択権(17条、日破59条)との関係において差異があらわれる。

5) 我妻・債権各論中巻一 318頁、末川、前掲62頁、谷川、前掲法学雑誌67頁。これに対して幾代、前掲296～297頁は、売主の留保所有権は実質的には担保であるとして、留保買主による処分を許すとともに、売主の債権は、抵当権の追及力によって保護するとし、留保買主が占有を続けてなす処分を禁ずることは、民法90条に違反すると解される。

6) Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Band, S. 838. 現代外国法典叢書・独逸民法〔11〕債務法386頁。

7) 米倉、前掲82巻一号46～52頁、神崎、前掲543頁。

8) ドイツ強制執行法は、わが強制執行法と異なり、優先主義の原則をとり、執行債権者に差押質権を認める(804条)。同一の被差押物につき、競合する差押債権者間の優劣および差押債権者と才三者との間の優劣を整序し、差押債権者の優先的地位を物権的に保護している(現代外国法典叢書・独逸民事訴訟法〔3〕154～157頁、兼子一、強制執行法・破産法68～69頁)。

9) Reinicke, MDR 1959, S. 614; Bauknecht, NJW 1955, S. 1252; Bauknecht, Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse, NJW 1956, S. 1180; Zunft, NJW 1956, S. 1420; BGHZ 20, 88, 101.

10) Blomeyer, NJW 1951, S. 548; Reinicke, MDR 1959, S. 614; Bauknecht, NJW 1956, S. 1179; Fluma, AcP 161, S. 387. Westermann, Sachenrecht, S. 224は次のように説く。買主はまだ物の所有者でないので所有権を担保とすることはできない。買主の将来の所有権 Das zukünftig Eigentum も効果的な担保客体とならない。同じく、売買契約からの所有権移転請求権も、売主が契約上の債務を履行してしまっているので十分でなく、結局期待権の譲渡が担保として最良のものである、と。また、Günter, Kann der Vorbehaltskäufer den wirtschaftlichen Wert seiner Anwartschaft auf Erwerb des Eigentums an der Kaufsache auch ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers zur Kreditsicherung nutzbar machen?, MDR 1954, S. 343は、RGはすでに1907年以来(RGZ 67, 21)、期待権をくり返し独立の譲渡、差押可能な権利として承認してきたが、RG 1933. 4. 4 RGZ 140, 223 以来、この新たな法制度の意味と目的とに応じて、裁判官による法発見の方法で不明瞭な点が補充されてきた、という。

11) AcP 161, S. 394, 399.

12) 神神、前掲497頁以下参照。

13) Zunft, NJW 1956, S. 1422. 山崎、前掲112頁参照。

3. 期待権の譲渡担保

(1) 期待権の法的性質

所有権留保買主の期待権の法的性質をいかに理解し、それを現行法体系にいかに位置づけるかに関して、ドイツでは多くの学説が対立し、法規制上の大きな問題となっている。この問題については、前掲の船越論文が詳細に論及されているのでこゝでは深く立ち入らない。

以下では本稿との関連において必要と思われる範囲で留保買主の法的地位を個別的に検討する¹⁾。

1. 留保売主は、条件付所有権移転の合意と物の引渡によって所有権移転に必要なすべてのことをなしている。所有権移転の停止条件は、代価の支払という留保買主の一方的意思に依存する純粹随意条件であり、留保買主はこの条件に関する支配権をもっている²⁾。その結果、条件付合意と物の引渡後に売主側に生じた事情、例えば、処分制限、行為無能力、死亡等は留保買主の所有権取得には影響するものではない。同じく、所有権は代価完済とともに当然に留保買主に移転し(民158条、日民127条)、この時点における所有権移転のための売主の意思は必要でない。また、留保買主としては、代価完済前に目的物を占有、利用できることに大きな利益を有し、代価完済前の目的物の占有、利用は、留保買主の法的地位にとって本質的意義を有する。それにもかかわらず、BGHは留保買主のこの占有権に、あらゆる人に対して効力のある物権的効力を認めない³⁾。

ところで、特約がないかぎり留保買主の占有、利用権はたんに代価の支払が遅滞したことの一事によって売主に対抗し得ないものになると解すべきではない⁴⁾。反対の見解は、売主は留保買主の債務の忠実な履行を信頼して目的物の直接占有の移転をなしたこと、留保買主の地位は留保商品の直接占有と不可分の構成される必要がないこと等を理由にする。

しかし、留保買主としては売買契約が解除されないかぎり代価を支払って所有権者になること、したがって目的物を占有、利用できることの期待をもっている。この占有、利用権は、使用貸借、賃貸借にもついで取得されるものではなく、売買の効果として生ずるものである。売主に物の取り戻しを認めるならば、売主は物を善意の第三者に譲渡することによって、留保買主の所有権取得の期待権を消滅させ、不当な結果となる。留保買主は物の占有、利用に留保売買の本質的意義を有している⁵⁾。売主の目的物返還請求権は、留保買主の支払遅滞によってではなく、解除によってはじめて正当化されると解すべきである。

2. 次に留保買主の法的地位の保護について検討する。民法158条(日民127条)によって、条件付法律行為の効果は条件成就によって発生し、条件成就、不成就の間は浮動状態が存続する。したがって、法律行為の効果はまだ発生していないが、すでに前効または中間効が発生しそれが法律上保護されている。

民法161条一項一文は、条件付義務者は、条件にかゝる権利を条件成就前に無効にし侵害することはできないと規定する。このような行為は条件成就に当って絶対的に無効であり、また、損害賠償債務を発生させる⁶⁾。ところが、ドイツ民法161条三項は、「無権利者ヨリ権利ヲ取得シタル者ノ利益ノ為ニ設ケタル規定ハ本条ノ場合ニ準用ス」と規定し、条件付義務者が重ねて物を処分しその取得者が善意であ

るならば、条件付権利者の期待権が消滅することを規定している。しかし、所有権留保売買においては、通常、留保買主が物の直接占有を有するので、売主による物の処分はただ民法 931 条による返還請求権の譲渡によってのみ可能である。この場合、ドイツの支配的理論は民法 931 条三項の規定を準用するので、留保買主は第三者の善意取得に対して保護されると解する⁷⁾。

さらに、ドイツ民法 161 条一項二文は、条件付権利者の権利の効力を十分ならしめるため、強制執行・仮差押・破産管財人の処分も条件付義務者の処分と同視し、条件付権利者に対して無効であると規定している。ところで、売主破産の場合、民法 161 条一項二文の破産管財人による処分の規定と、双務契約において、当事者双方が未だ債務を完全に履行していない場合に破産管財人に履行請求、履行拒絶の選択権を認める破産法 17 条(日破 59 条)の規定との関係について問題がある。破産法 17 条は民法 161 条一項二文に対して狭い規範である、と解する立場(RGZ 140, 162)によると、破産法 17 条によって民法 161 条一項二文は排除される。これに対して、民法 161 条一項二文は、留保買主の期待権が売主の破産に対しても効力を保持することを明瞭に規定したものであり、破産法 17 条に対して特別法の性格を有する規定であると解する立場がある⁸⁾。この立場によれば破産管財人の処分は無効となる。このように二つの法規の関係をいかに理解するかによって留保買主の法的地位に大きな差異が生ずる。思うに、売主の破産管財人による処分は売主自身の処分と同視し得ること、留保買主の期待権の効力を十分ならしめること、民法 161 条一項二文の規定の位置からみて、後者の見解を妥当と考える⁹⁾。したがって、売主の破産管財人が留保物に関してなすあらゆる処分行為は、留保買主の期待権を侵害するかぎりでは無効であると解すべきである。

さらに、留保買主は留保物の占有、利用権に関する正当な権利者として、ドイツ民法 823 条(日民 709 条)によって、第三者の占有、利用権の侵害に対して独立の損害賠償請求権を有し、また占有訴権を有することについても異論はない。問題は、留保買主は所有権にもとづいて、損害賠償請求権を有するか否かということである。この際、賠償額の高さ、賠償請求権の行使者、その行使方法について複雑な問題を提起する。期待権の本質をいかに理解するかによっても結論が異なる。Raiser¹⁰⁾は所有権の分割理論、つまり条件付法律行為に当っては、留保物の所有権は売主、買主間に分割されて帰属しているという理論にもとづき、留保物が毀損、破壊された場合には売主、買主の双方が現在の財産的損害を受け、双方が同時に損害賠償請求権者であるという。

そして、債務の共同支払に関する民法 432 条、1281 条の規定の準用に従い、賠償義務者が売主、買主の双方に支払ってはじめて賠償義務を免れるとする。

これに対して、停止条件付の所有権移転では、条件成就まで売主が物の所有者、したがって損害賠償請求権の権利者であることを根拠に、留保買主には民訴 259 条(日民訴 226 条)による、将来の給付の訴 *eine Klage auf künftige Leistung* のみが問題となるにとどまる、とする立場がある¹¹⁾。

しかし、条件付に物を処分した売主が条件成就前に物に関してなした処分が、条件成就によって生ずる留保買主の権利を侵害するかぎりでは無効であるのと同じく、売主によるこの損害賠償請求権の処分もまた無効

であるといわざるを得ない。それ故に、この立場をとる見解のもとにおいても、損害賠償義務者は、売主への給付を拒むことができ、売主は留保買主の同意を得てのみ、自分自身への給付か、売主、買主双方への給付か、もしくは供託を請求できることになる。

3. 留保買主の期待権の法的性質について、ドイツ法の解釈論では、期待権は *Vorstufen, Durchgangsformen bei der Entstehung des Vollrechts*¹²⁾ であるとか、所有権えの発展途上にある権利 *ein in der Entwicklung auf das Eigentum hin begriffenes Recht*¹³⁾ であるとか、物権に類似する *dem dinglichen Recht ähnlich ist*¹⁴⁾ とか、所有権と比較して異種物ではなく、本質の同じな量的に減少せるもの *kein aliud, sondern ein wesensgleiches minus*¹⁵⁾ であると解されている。これに対して、わが国の学説は期待権概念をいかに規定しているか。於保博士によると、「将来、権利を取得すべき法律上の地位または期待を、法律が特に保護するために認めた現在の一種の状態権である」とされる¹⁶⁾。そして、期待権と将来に取得する権利とは質的に異なるものであるとし、厳格に区別される。もっとも、於保博士の立場によっても、期待権の処分は将来の権利の先行処分と結びつく、と解せられるので、期待権の処分には独立の意義がなく、期待権概念は処分の段階では有用性をもたないことになる。また、ドイツにおける有力説は、留保買主の期待権に物権としての地位を認める¹⁷⁾。しかし、その根拠とするところもさまざまであり、いづれの立場によるも理論的難点を免れず、説得力ある法的根拠を示しているとも思われない。留保買主の期待権を物権であるとしても、現行法が物権法定主義 *numerus clausus dinglicher Rechte* のもとに物権の類型強制 *Typenzwang* の構成をとっているので、それをいかに克服するかについて問題が生じる¹⁸⁾。のみならず、ドイツ法上、物権は原因関係から独立 *Unabhängigkeit* していることを特色とするにもかかわらず、期待権は原因関係たる売買契約の存続・有効性、に依存しているので、物権の特色としての独立性を有するとはいえない。Serick は次のように説く。期待権は決して物権ではなく、固有の性質の権利として、物権でも債権でもなく、債権的物権、つまり、債権的依存性を有する物権、または物権的特徴を有する債権である」とし、「現行法は、債権と物権は二個の完全に分離された法領域としてではなく、物権と債権との間に混合形態の存することを示している」¹⁹⁾、と。

物権法定主義の内容、物権の独立性をいかに理解するかに関連する根本的な問題である。しかし、期待権の譲渡担保を考察の対象とする本稿では、これ以上立ち入ることはできない。われわれの当面の課題は、留保買主の期待権を個別的に検討し、それが独立の財産権として担保能力を有することを確定すればよい²⁰⁾。これが確定し得れば、以下の論述の準備作業は果たし得たと考える。

1) Blomeyer, *Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers*, AcP 162, S. 193 は、留保買主の法的地位に関する論争は二つの側面を有し、一つは個別的な法効果として、善意取得、法律行為による留保買主の法的地位の譲渡と差押可能性、才三者の侵害に対する保護であり、これらの点についての今日の見解は大部分一致している。今一つは留保買主の法的地位の法的性格、つまり物権

法体系への位置づけである、とする。

2) Flume, A c P 161, S. 386.

3) BGH 1953.5.21. BGHZ 10, 69 NJW 1953, 1099. この判決の事案は、債務者が自動車を担保に譲渡した後、その自動車を第三者に所有権留保で売却したというものであるが、BGHは留保買主の占有権に物権的効力を認めないので、留保買主は担保権者に自動車を返還しなければならないのである。しかし、判決は信義則違反を理由として、担保権者の返還請求権を認めなかった。つまり、判決は信義則違反という、まわり道をして物権的占有権を認めたことになる (Duden, JZ 1954, S. 42 による本件判決の評釈)。この点の詳細については、Blomeyer, Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, A c P 153, S. 239 ff. 参照。

4) Bauknecht, NJW 1955, S. 1253; 石田, 債権各論 (昭35) 100~101頁、高松地判昭和33年11月14日下民集9巻2248頁、植林弘, 法時38巻9号105頁における神崎, 前掲論文の批評。但し、神崎、前掲488~490頁、船越, 前掲64~65頁は反対。

5) 石田、前掲論文274~277頁参照。

6) Zunft, NJW 1956, S. 1421; Lehmann/Hübner, a. a. O. S. 282 ff. この場合、侵害行為の態様、条件付法律行為が債権行為か物権行為かによって分けて考えるべきである (鳩山・日本民法総論 (昭3) 542~543頁)。

7) Raiser, a. a. O. S. 34; Bauknecht, NJW 1955, S. 1251; わが民法の解釈としても同一の結論を認め得ると解する (我妻, 「動産抵当制度」70~71頁、末川, 前掲62頁)。

8) Zunft, NJW 1956, S. 1422; Bauknecht, Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse, NJW 1956, S. 1178.

9) 鳩山, 前掲544頁参照。

10) a. a. O. S. 82.

11) Flume, A c P 161, S. 400.

12) Bauknecht, NJW 1955, S. 1251.

13) Rautmann, a. a. O. S. 299.

14) Westermann, Sachenrecht, S. 32, 224.

15) BGHZ 28, 16, 21.

16) 於保, 前掲315~325頁、小出, 民法総則211頁、我妻, 新訂民法総則416頁、川島, 民法総則261頁。民法起草の当時においても、条件付権利と条件成就によって生ずる権利とは区別されていた (岡松, 注釈民法理由, 明治31 312頁)。但し、川名, 日本民法総論 (明45) 258~259頁は、「期待権は現在に於て存する状態にして、将来条件成就せば生ずべき権利を吸収することを本分とす」とされながら、期待権の権利性、処分性を否定される。また、川名博士によれば、民法129条の規定によって処分、相続、保存、担保されるものは、未来の権利であるとされる。

さらに、わが国の判例は最近、所有権留保買主の法的地位の性格につき次のように判示した。「所有権留保の場合……単に代金完済により所有権を取得し得るとの期待権を有する地位にあるにすぎないものでなく……実質は担保であり……所有権を取得した割賦買主が直ちにこれを割賦売主に譲渡担保として差入れたと同様の関係にある……」、と(東京地判昭和42年1月26日判時480)。しかし、留保買主の法的地位は期待権と構成すべきものである。

17) Raiser, a. a. O. S. 45 ff. ; Bauknecht, NJW 1955, S. 1251; Zunft, NJW 1956, S. 1421; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 20. Aufl., S. 876.

18) RGZ 140, 223, 229は、現行法は物権法定主義の原則をとっており、期待権は物権ではないとする。

19) Serick, Causa und Anwartschaft, AcP 166, S. 130 ff. Reinicke, Zur Dogmatik des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung NJW 1964, S. 21は次のように説く。「留保買主の期待権が物権か否かということは、ほとんど意味のない専門語上の問題 eine fast bedeutungslose terminologische Frage である」、と。Münzel, a. a. O. S. 345 も、期待権が物権かどうかは重要なことではないとする。しかし、その意味はReinicke とは異なり、期待権概念、したがって、期待権の担保を否定せんとする考えに結びつくものである。彼のこの考えに賛成し得ないことにつき、後述参照。また、Blomeyer, AcP 153, S. 244 ff. は次のようにいう。「期待権の内容、権利体系への位置づけの問題に対する解答は現行法からは出て来ない。現行法では期待権は予期されていない」、さらに続けて「経済的意味を有するほとんどすべての問題において、判例は現代的方法論を以て、法律の適切な解釈と補習を達成して来た」、と。

20) Blomeyer, NJW 1956, S. 416 Anm. Zu BGHZ 20.88.